

## ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВОВОЇ АНАЛОГІЇ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

*У статті досліджено інститут правової аналогії, що є засобом подолання прогалин у законодавстві, а також правове регулювання аналогії у цивільному процесуальному праві та її фактичне застосування у цивільному судочинстві.*

**Ключові слова:** правова аналогія, цивільний процес, подолання прогалин у цивільному процесуальному праві.

Цивільне судочинство – це форма здійснення правосуддя у цивільних справах. Воно регулюється окремою галуззю публічного права – цивільно-процесуальним правом, що здійснює регулюючий вплив переважно імперативним методом, особливо в частині, що стосується діяльності суду. Відповідно до цього, суд у своїй діяльності підкоряється лише закону.

Однак слід визнати той факт, що закон, як санкціонована державою форма регулювання суспільних відносин, повною мірою не задовольняє потребу у правовому регулюванні суспільних відносин. І це пояснюється декількома причинами: недоглядом законодавцем під час прийняття законів окремих аспектів суспільних відносин, що потребують регулювання; допущенням помилок при застосуванні законодавчої техніки, внаслідок чого закладається підґрунтя для колізій тощо; постійним динамічним розвитком суспільних відносин, у результаті якого правові норми не встигають приймати одночасно з виникненням потреби у правовому регулюванні.

Така ситуація неврегульованості й невизначеності у законодавстві, відсутності конкретної правової норми, необхідної для регламентації відносин, що належать до сфери правового регулювання, дістала назву прогалини у законодавстві [1]. Однак, як зазначав С. С. Алексєєв, право – це система, яка певною мірою саморегулюється, самоналаштовується, в якій закладено такі внутрішні механізми, які у ряді випадків дають змогу долати прорахунки законодавця, забезпечувати дію юридичних норм відповідно до вимог суспільних відносин, що розвиваються [2]. І дійсно, в праві існують механізми усунення та подолання таких прогалин. Механізм усунення прогалин у законі один. Це – внесення відповідних змін до закону компетентним правотворчим органом. Основними механізмами подолання прогалин є розширене тлумачення норм права, судовий прецедент, аналогія закону, аналогія права.

Інститут правової аналогії має давню історію. Як показує досвід, його застосування активізується на крутих переломах історії: після революцій, війн, коли правозастосовні органи відчувають брак законодавчої бази. У період стабілізації суспільних відносин інтерес до аналогії слабшає, поступаючись місцем законності та правопорядку.

Аналогія (від грец. *analogia* – відповідність, схожість) – це схожість різних предметів, явищ, процесів у певних властивостях [3]. У процесі умовиводів за аналогією знання, отримане під час розгляду певного об'єкту, переноситься на менш вивчений, але схожий за істотними ознаками, якостями, властивостями об'єкт.

Правова аналогія – це застосування норми до випадку, який нею не передбачений, але становить з юридичного погляду аналогію з тими випадками, для яких вона встановлена [4].

Застосування аналогії права та закону в матеріальному праві є явищем, традиційно сприйнятим як доктриною, так і національним законодавством. Зокрема, інститут аналогії закріплено у ст. 8 Цивільного кодексу України, ст. 10 Сімейного кодексу України. Аналогію закріплено і у ч. 8 ст. 8 Цивільно-процесуального кодексу України (далі – ЦПК України). Однак чи належить передбачена в ньому аналогія до цивільно-процесуального права? Однозначної відповіді на це запитання вітчизняні науковці не дають. Деякі фахівці (зокрема В. М. Кравчук, О. І. Угриновська, С. Я. Фурса) стверджують про закріпленість на законодавчому рівні (у ч. 8 ст. 8 ЦПК) саме процесуальної аналогії [5]. Однак з ними важко погодитись. По-перше, науковці не звертають належної уваги на зміст поняття «застосування» правової норми. Під ним розуміють діяльність компетентних органів з реалізації норм права у конкретному випадку і винесення індивідуально-правових актів (актів застосування права) [6]. Ст. 8 ЦПК саме і визначає законодавство, відповідно до якого суд вирішує справи

і яке підлягає застосуванню ним для розв'язання матеріального спору по суті. Іншими словами, мова йде про закріплення аналогії матеріального закону. По-друге, процесуально-правові норми, які визначають дії суду зі здійснення правосуддя, ним *не застосовуються*; суд проводить свою процесуальну діяльність *на їх підставі*. Законодавство, відповідно до якого здійснюється провадження в цивільних справах, визначено у ст. 2 ЦПК України, яка має назву «Законодавство про цивільне судочинство». І ця стаття в остаточному варіанті чинного ЦПК процесуальної аналогії не передбачає, хоча у проекті ЦПК (реєстр. № 3455) відповідну норму пропонувалось закріпити у ч. 3 ст. 3 [7]. Однак під час прийняття остаточної редакції ЦПК скоріш за все перемогли побоювання щодо можливих небезпек, які потенційно несе в собі інститут процесуальної аналогії. Адже із закріпленням у ЦПК процесуальної аналогії у суддів виникла б легальна основа для виходу за межі поведінки, чітко передбаченої для них у процесуальному законодавстві. А це могло стати підставою для суддівського свавілля і, як наслідок, для порушення прав і законних інтересів учасників процесуальних правовідносин.

Питання про можливість застосування аналогії у процесуальному праві було і залишається суперечливим. Наприклад, А. Т. Боннер зазначав, що на практиці необхідність у застосуванні норм процесуального права за аналогією час від часу виникає [8]. М. Т. Авдюков, навпаки, вважав аналогію у процесуальному праві недопустимою, такою, що суперечить принципу законності, і стверджував, що суд може вчиняти лише такі дії, які передбачено законом, а невизначеність у компетенції суду може породити свавілля [9]. Цікавим і водночас парадоксальним є висловлювання М. Х. Хутиза: «Здійснення принципу законності у цивільному судочинстві неможливе без застосування інституту аналогії. Якими б досконалими не були правові акти, законодавець не може передбачити безмежної багатоманітності життєвих явищ, що виникають у процесі безперервного суспільного розвитку і вимагають правового регулювання» [10].

Основним аргументом проти процесуальної аналогії називають загальновідомий принцип, згідно з яким на публічно-правові відносини (до яких належать і процесуальні) поширюється режим «заборонено все, що не дозволено законом». Суди – це органи державної влади, а тому відповідно до ст. 19 Конституції України повинні діяти лише у межах, визначених законом. Крім цього, основа відповідного судочинства – це процесуальна форма. Саме вона визначальним чином впливає на діяльність усіх учасників процесу. Принцип процесуального формалізму є основним у процесуальному праві, оскільки саме через ньо-

го дістає свій вияв суворий імперативний метод публічного права, спрямований на забезпечення рівності сторін шляхом встановлення чітких, формально визначених, заздалегідь відомих «правил гри». Такий інститут, як процесуальна аналогія, здавалося б, підриває цей принцип, вносить елемент невизначеності й нестабільності у процесуальні відносини, відкриває шлях зловживанням цим інститутом, суддівському свавіллю.

Ще одним «мінусом» застосування аналогії є необхідність високого рівня професіоналізму суддів, оскільки, так би мовити, «середній» суддя вирішує правові питання, керуючись, головним чином, «буквою» закону. І далеко не всі судді готові до аналітичної роботи, яку необхідно вести, застосовуючи норми права за аналогією закону (і тим більше – за аналогією права).

У цьому сенсі, безперечно, краще усувати можливі прогалини не з допомогою аналогії закону, а невідкладними законодавчими заходами. Водночас така позиція може завести правозастосовувача в глухий кут, коли йому бракуватиме необхідної правової норми, що, звісно, зумовить ускладнення провадження і порушення конституційних прав громадян та інших учасників процесу.

Тому, на наше переконання, слід усе ж таки погодитись із твердженням І. Сабо про те, що застосування аналогії є неминучим у всіх галузях права, за винятком кримінального [11]. І відмова українського законодавця закріпити інститут аналогії у процесуальному законі аж ніяк не означає, що вона фактично не існує. Адже відсутність, неповнота чи суперечливість законодавства не дає суду підстав для відмови у розгляді справи. Тому суд змушений фактично застосовувати аналогію закону у своїй практичній діяльності. А підстав для застосування аналогії процесуального закону у чинному ЦПК України вистачає. Наприклад, ст. 100 ЦПК закріпила вичерпний перелік підстав для відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу. Однак залишилося неврегульованим питання, яким чином діяти, якщо суд уже раніше видав наказ за аналогічною вимогою, або є рішення третейського суду? У таких ситуаціях суд змушений застосовувати за аналогією закону ст. 122 ЦПК, яка містить зазначені обставини в якості підстав для відмови у прийнятті заяви. Ст. 122 ЦПК застосовується за аналогією і під час апеляційного провадження, коли з апеляційною скаргою звертається особа, яка не має суб'єктивного права на звернення зі скаргою, або коли оскаржується процесуальний документ, що не підлягає оскарженню.

Слід зазначити, що попри всі небезпеки, які несе інститут процесуальної аналогії, існує позитивний досвід його легального застосування після закріплення у законодавстві. Зокрема, процесуальну аналогію було нормативно оформлено у Російській Федерації ще наприкінці 2000 р.

За 10-річний період часу застосування процесуальної аналогії не спричинило настання негативних наслідків. Навпаки, на думку одного з провідних фахівців російської судової системи В. М. Жуйкова, застосування процесуального законодавства за аналогією сприяє досягненню найважливішої мети правосуддя – забезпеченню захисту прав зацікавлених осіб [12].

Уявляється, що назріла необхідність легалізувати процесуальну аналогію і в Україні, оскільки це не тільки легалізує її фактичне застосування судами, яке має місце і нині, а й закріпить на нормативному рівні умови та підстави її застосування, що, своєю чергою, зробить використання аналогії прозорим і контрольованим. Застосування аналогії закону чи права в діяльності суду – це один з проявів суддівського розсуду, який об'єктивно існує в будь-якій судовій системі. Однак, щоб не допустити перетворення суддівського розсуду в частині застосування процесуальної аналогії на суддівське свавілля, законодавцеві, на нашу думку, необхідно вжити низку заходів.

По-перше, чітко конкретизувати у законодавчих нормах межі суддівського розсуду, зокрема, закріпивши заборону застосування аналогії, коли це тягне обмеження права на судовий захист або порушення принципів цивільного судочинства, при застосуванні обтяжень публічно-правового характеру. По-друге, сформулювати і зафіксувати умови, за наявності яких застосування процесуальної аналогії буде правомірним, зокрема:

- 1) повна або часткова відсутність у системі законодавства (а не лише у процесуальному законі) норми, яка б прямо передбачала цей вид відносин, а також відсутність усіх інших можливостей для їх врегулювання, наданих законом;
- 2) неможливість застосування аналогії у випадках так званого свідомого мовчання законодавця з тих чи інших питань, а також для вирішення тих правових питань, які дані за принципом вичерпного переліку [13];
- 3) неможливість застосування за аналогією норм права, що визначають повноваження су-

дових органів, обмежують процесуальні права, а також норм про застосування заходів процесуального примусу до осіб, які беруть участь у справі;

- 4) норма права, що застосовується за аналогією, має бути найбільш близькою за основними ознаками нормою і передбачати схожі за своїми істотними рисами відносини за неістотних відмінностей;
- 5) недопустимість штучного пристосування правової норми, що застосовується за аналогією, до схожих правовідносин шляхом її іншого тлумачення (за аналогією норма повинна переноситися на схожі відносини, але не тлумачитися);
- 6) зміст норми, що застосовується за аналогією, мусить точно відповідати фактичним обставинам конкретного випадку, у зв'язку з яким має місце таке застосування;
- 7) у будь-якому випадку застосування процесуальної аналогії не повинно суперечити основним засадам та принципам цивільного судочинства;
- 8) суд зобов'язаний навести обґрунтування наявності прогалини у процесуальному законі, а також мотивування застосування аналогії.

Підсумовуючи вищевикладене, слід наголосити на необхідності закріплення у цивільному процесуальному законодавстві України норм, що становлять інститут процесуальної аналогії у цивільному судочинстві, оскільки б це, поперше, підвело легальну основу під фактичне застосування судами цього інструменту подолання наявних прогалин у законодавстві; по-друге, поставило суддів у жорсткі рамки дуже виваженого застосування процесуальної аналогії лише в екстраординарних випадках і лише з дотриманням законодавчо закріплених умов; по-третє, зробило таке застосування впорядкованим і зрозумілим, таким, що не порушує процесуальні права учасників, а, навпаки, гарантує їх реальний доступ до правосуддя та підвищує його ефективність.

1. Теория государства и права : курс лекций / [под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько]. – М. : Юристъ, 1999. – С. 423.
2. Алексеев С. С. Проблема теории права / С. С. Алексеев. – Свердловск, 1973. – Т. 2. – С. 265.
3. Словарь иностранных слов. – 18-е изд., стер. – М. : Рус. яз., 1989. – С. 36.
4. Теория государства и права. – С. 423.
5. Кравчук В. М. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України / В. М. Кравчук, О. І. Угриновська. – К. : Істина, 2006. – С. 40; Фурса С. Я. Цивільний процес України: проблеми і перспективи : науково-практичний посібник / С. Я. Фурса, С. В. Щербак, О. І. Євтушенко. – К. : Видавець Фурса С. Я., КНТ, 2006. – С. 47.
6. Теория государства и права. – С. 417.

7. Луспенник Д. Д. Проблеми аналогії в ЦПК / Д. Д. Луспенник // Проблеми теорії та практики цивільного судочинства : монографія / [за заг. ред. В. В. Комарова]. – Х. : Харків юридичний, 2008. – С. 92.
8. Боннер А. Т. Установление обстоятельств гражданских дел / А. Т. Боннер. – М. : Городец, 2000. – С. 104–105.
9. Авдюков М. Т. Принцип законности в гражданском судопроизводстве / М. Т. Авдюков. – М., 1970. – С. 177–179.
10. Хутыз М. Х. Научное наследие : сб. науч. тр. / М. Х. Хутыз ; [вступ ст. и сост. Г. Д. Улетовой, В. В. Момотова]. – Краснодар, 2003. – С. 69.
11. Сабо И. Социалистическое право / И. Сабо. – М., 1964. – С. 270–279.
12. Жуйков В. М. Проблемы гражданского процессуального права / В. М. Жуйков. – М. : Городец-издат, 2001. – С. 71.
13. Луспенник Д. Д. Знач. праця. – С. 98.

T. Karnaukh

## PROBLEMS OF APPLICATION OF LEGAL ANALOGY IN CIVIL LEGAL PROCEEDING

*In this article the author analyses the institute of legal analogy in general and the institute of judicial analogy in particular. Conclusions are done about the necessity of the normative fixing of judicial analogy for the legislation of Ukraine, laid down conditions for legitimate application analogies the observance of which a judge self-will would do impossible.*

**Keywords:** legal analogy, civil legal proceeding.

УДК 346.34

Онейда З. Й.

## ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ (ФРАНЧАЙЗИНГУ)

*У статті проаналізовано проблеми державної реєстрації договору комерційної концесії та організації правових зв'язків у рамках франчайзингової системи.*

**Ключові слова:** франчайзинг, договір комерційної концесії, франшизодавець, франшизодержувач.

Франчайзинг упродовж останніх років набуває поширення в Україні. Якщо у 2001 р. в Україні було близько 50 франчайзингових мереж, то сьогодні їх майже 400 [5]. Проте спеціальне законодавство про франчайзинг з'явилося в Україні лише 1 січня 2004 р., коли набули чинності новий Цивільний і Господарський кодекси України, які містять спеціальні норми, присвячені комерційній концесії, що розглядається як еквівалент поняття франчайзинг.

З появою нового правового інституту постає питання щодо напрямів і меж правового регулювання цього явища. Аналіз законодавства про франчайзинг інших країн свідчить, що здебільшого франчайзинг не регулюється спеціальним законодавством [9, с. 32], до нього застосовують загальні норми договірного права, права інтелектуальної власності тощо. Країни, що мають спеціальне законодавство про франчайзинг (США, Канада, Франція), обмежуються його фрагментарним регулюванням (обов'язкове розкриття інформації про франшизу до підписання угоди, порядок укладання договору франчайзингу на новий строк тощо), всі інші питання регулюються загальними нормами права. Прийняття спеціального законодавства про комерційну кон-

цесію (франчайзинг) в Україні може принести певні позитивні результати, за умови, що нові норми не матимуть занадто обмежувального характеру і будуть спрямовані на розвиток цієї форми здійснення підприємницької діяльності. Необхідно чітко визначити, які саме її аспекти потребують правової регламентації, і встановити оптимальне співвідношення між законодавчим і договірним врегулюванням.

Зокрема, неврегульованою наразі залишається процедура укладання договору комерційної концесії. Відповідно до ст. 1118 Цивільного кодексу [8] та ст. 367 Господарського кодексу України [1] договір комерційної концесії укладається в письмовій формі і підлягає обов'язковій реєстрації в органі, що здійснює реєстрацію правоволодільця. З набуттям чинності Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб–підприємців» 1 липня 2004 р. повноваження щодо реєстрації юридичних осіб і фізичних осіб–підприємців було передано від районних державних адміністрацій до спеціальних посадових осіб – державних реєстраторів (ст. 6 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб–підприємців») [6]. Проте цей Закон не передбачає реєстрації